آثار عقد المقاولة في القانون اليمني دراسة تأصيلية مقارنة

Implications of contracting contract in Yemeni law

د. هاشم علوي عبدالله مقيبل

أستاذ القانون العام بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأحقاف (الجمهورية اليمنية)

آثار عقد المقاولة في القانون اليمني

(دراسة تأصيلية مقارنة)

Implications of contracting contract in Yemeni law
(Comparative Fundamental Study)

د. هاشم علوي عبدالله مقيبل

أستاذ القانون العام بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأحقاف (الجمهورية اليمنية)

Hashimalwi34@ahgaff.edu

ملخص:

يعتبر عقد المقاولة من أهم العقود التي يعتمد عليها الإنسان للحصول على الخدمات والأعمال، وهو من عقود المعاوضة الرضائية، والتي يجب أن يكون محلها مشروعاً ومعيناً، ويترتب على ذلك العقد آثار متعددة، منها ما يتعلق برب العمل، ومنها ما يتعلق بالمقاول، وقد نصت معظم التشريعات القانونية على تلك الآثار، ومنها القانون اليمني، وقد قمنا من خلال هذا البحث باستقراء تلك الآثار وبيان مرجعيتها الشرعية، كما سعينا من خلال هذا البحث لاستقصاء النصوص القانونية من مختلف التشريعات، ومقارنتها بالقانون اليمني، وتوصلنا إلى أن من أهم الآثار والالتزامات المترتبة على عقد المقاولة والمتعلقة برب العمل هي دفع الأجرة، وتسلم العمل بعد إنجازه، وقد تعرض المقنن اليمني إلى بعض التفاصيل المتعلقة بتعديل الأجرة والتي بينا من خلال هذا البحث تميز وتفرد القانون اليمني بها، كما يبرز لنا هذا البحث ايضاً أهم الآثار والالتزامات المترتبة على المقاول والذي يمثل الطرف الثاني في العقد والتي تتمثل في إحضار آلات العمل، وتنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه، وبحسب المواصفات، والضمان ومنع التعسف، وقد بينا في هذا البحث التأصيل الشرعي والقانوني لهذه الجزئيات.

الكلمات المفتاحية: المقاولة، آثار عقد المقاولة، القانون المدني اليمني، التزامات رب العمل، التزامات العامل

Abstract:

Contracting contract is one of the most important contracts a person relies on for services and business as consensual netting contracts, which must be legitimate and specific. Such contracts have multiple implications, including those for the employer and for the contractor. Most of the legal legislations provided for those effects. including Yemeni law, through which we extrapolated those implications and outlined their legitimate reference. In this research, we have also sought to investigate the legal texts of various legislations, comparing it with Yemeni law, and found that one of the most important implications and obligations of the contracting contract relating to the employer is to pay the fare and receive the work after completion. The Yemeni legislator has provided certain details concerning the adjustment of the fare, which, through this research, we showed the distinction and uniqueness of Yemeni law in this concern. We also highlight the most important implications and obligations of the contractor, who represents the second party to the contract, which include providing the working machines and carrying out the work at the agreed time, in accordance with the specifications, insurance and preventing arbitrariness, for which the legitimate and legal rooting is illustrated in this research.

Keywords: Contracting, Effects of Contracting Contract, Yemeni Civil Code, Employer's Obligations, Employee's Obligations

مقدمة:

اكتسب عقد المقاولة أهمية كبيرة في الواقع المعاش، فهو يعد من قبيل العقود المسماة التي خصصت لها القوانين المعاصرة تنظيماً خاصاً بها، ورغم أهمية هذا العقد إلا أننا لم نقف على مؤلف يبين التأصيل الشرعي والقانوني لآثار هذا العقد في القانون المدني اليمني؛ مما استدعانا للقيام بالبحث عن طبيعة تلك الآثار وما يترتب عليها من التزامات بين أطراف العقد، وعلى الرغم من أن عقد المقاولة قد تميَّز بنظام قانوني مستقل، إلا أنه يظل خاضعا لما تقره النظرية العامة للعقد من أحكام، سيما فيما يتعلق بكيفية انعقاده وشروط ذلك، وبمجرد انعقاد المقاولة، تبدأ آثارها في السريان بالنسبة لكل من طرفيها، إذ يتعين على كل منهما أن ينفِّذ التزاماته بموجب عقد المقاولة وبحسن نية،

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية البحث في ابراز المرجعية التي اعتمد عليها المقنن اليمني عند تنظيمه لعقد المقاولة، وما يترتب على ذلك العقد من آثار والتزامات يبنى عليها أصول التعاقد، إضافة إلى الاطلاع على النصوص التنظيمية لهذا العقد في نصوص القوانين الأخرى وإيجاد مقارنة فعالة تكسب النص القانوني القدرة على مواءمة الواقع وتنظيمه.

مشكلة الدراسة:

يمكننا القول أن ما يترتب على عقد المقاولة من آثار تعد هي الركيزة الأولى لقيام هذا العقد، وبالتالي يمكن صياغة مشكلة البحث من خلال التساؤلات التالية:

ما هو عقد المقاولة في الفقه والقانون؟

ما هي أهم خصائصه وأركانه؟

ما نوع الآثار المترتبة عليه في القانون اليمني مقارنة بغيره؟

ما هي المرجعية التأصيلية لتلك الاثار؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

1- بيان مفهوم عقد المقاولة وخصائصه وأركانه.
2- الوقوف على آثار عقد المقاولة وبيان مرجعيتها الشرعية والقانونية.
3- بيان ما يترتب على تلك الاثار من التزامات.

منهج الدراسة:

استخدمت عدداً من المنهاج البحثية في هذه الدراسة، فقد استعملت المنهج الوصفي التحليلي ويتجلى ذلك عن تعريف عقد المقاولة وبيان خصائصه وتحليلها، كما استعملت المنهج الاستقرائي وذلك عند تتبع

نصوص القوانين وأقوال الفقهاء، كما استخدمت المنهج المقارن عن عرض الأقوال ومقارنتها، إضافة إلى المنهج الاستنباطي عند الاحتياج إليه.

حدود الدراسة:

عقد المقاولة وآثاره.

تقسيمات الدراسة:

المبحث الأول: تعريف عقد المقاولة وخصائصه وأركانه .

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة .

المطلب الثاني: خصائص عقد المقاولة في الفقه والقانون.

المطلب الثالث: أركان عقد المقاولة.

المبحث الثاني: آثار عقد المقاولة

المطلب الأول: التزام المقاول

المطلب الثاني: التزام رب العمل

الخاتمة والنتائج

المراجع

المبحث الأول:

تعريف عقد المقاولة وخصائصه وأركانه

تمهيد: تعريف العقد في اللغة والفقه والقانون:

تعريف العقد في اللغة:

للعقد معانٍ كثيرة منها: الربط والشد والتوثيق والاحكام والقوة، وأصل العقد نقيض الحل، يقال: عقد الحبل عقداً، أي شددته وقويته[1]

تعريف العقد في الاصطلاح:

يطلق الفقهاء العقد في اصطلاحهم على معنيين:

---

[1] الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب: القاموس المحيط ضبط وتوثيق يوسف البقاعي، بيروت. دار الفكر سنة1995م (ص272)، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون الطبعة الثانية، بيروت دار الجيل سنة 1968، (4/ 286 – 287)، والزبيدي محمد مرتضى الحسيني: تاج العروس من جواهر القاموس، الطبعة الثالثة، دراسة وتحقيق علي شيري، بيروت دار الفكر سنة 1994م، (5 / 115)، وابن منظور محمد بن مكرم: لسان العرب، بيروت دار صادر سنة 1997م، (3 / 296 – 298)، والمعجم الوسيط، الطبعة الثانية، القاهرة سنة 1972م، (ص 644).

أحدهما بالمعنى العام: وهو كل ما ينتج التزاماً شرعيا، فهو يشمل الارتباط الحاصل بين جانبين، كالبيع والاجارة، كما يشمل التصرفات التي تتم من طرف واحد، كالوقف والطلاق، وهذا هو المعنى الشائع عند فقهاء المالكية[1]والشافعية[2] والحنابلة[3] ولأقل منه في كتب الحنفية، وقد عرَّف الإمام محمد بن محمد البابرتي " الانعقاد هناء بأنه تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل"[4]، وجاء في البحر الرائق " العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً "[5].

وجاء في المادة (103) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه " العقد التزام المتعاقدين امراً وتعهدهما به هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول "، وفي المادة (104) جاء فيها " الانعقاد تعلق كلٍ من الإيجاب والقبول بالآخر على وجهٍ مشروع يظهر أثره في محله "[6].

في حين عرَّف القانون المدني الأردني العقد في المادة (87) بقوله " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر "[7]، وهذا التعريف مستمد من المادة (262) من كتاب " مرشد الحيران " والتي تنص على أن العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وعلى وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب للآخر "[8]، وكلا التعريفين في أصلهما اعتمدا على ما جاء في الفقه الاسلامي من تعريفٍ للعقد، وبالأخص

---

(1) ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ط1، بيروت: دار القلم 1970م (ص181).

(2) الرملي، محمد بن ابي العباس، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، بيروت: دار الكتب العلمية. 1993م (373/3)، والسيوطي جلال الدين بن عبدالرحمن: الأشباه والنظائر، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية. 1983م0 (ص275).

(3) البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، بيروت: دار الفكر. 1982م (3 /136).

(4) البابرتي، محمد: شرح العناية بهامش شرح فتح القدير على الهداية للسيواسي. بيروت: دار الفكر. (34/6).

(5) ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية. 1997م (439/5).

(6) حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام. تعريب فهمي الحسيني. بيروت: دار الكتب العلمية. (1/ 92 – 93).

(7) نقابة المحامين، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ط2، عمان: مطبعة التوفيق، 1985م (93).

(8) قدري باشا، محمد: مرشد الحيران. عمان: الدار العربية (ص72)، وهو كتاب في أحكام المعاملات، اقتصر مؤلفه على المذهب الحنفي، وعرضه على شكل مواد وبترتيب حسن.

المذهب الحنفي، غير أن القانون الأردني في مادته أضاف كلمة (وتوافقهما)، وهذا تكرار لا داعي له، لان كلمة ارتباط تغني عنهما.

تعريف العقد في القانون:

عرَّف الفقهاء القانونيين العقد بأنه: توافق ارادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه[1]، وبالتالي فمجرد الاتفاق بين ارادتين غير كافٍ لإنشاء عقد، وإن كانت الإرادة الباطنة هي الركن الحقيقي في العقد وأساسه، غير أنها أمر نفسي خفي ذاتي، تكون مقدمة للارتباط ولا تحققه، ولابد من الإفصاح عنها حتى يعلم بها الطرف الآخر، وهذه النزعة الذاتية الغالبة في القوانين العربية والأجنبية عدل عنها الفقه الإسلامي، والقوانين التي استمدت منه أحكامها كالقانون المدني الأردني، واعتمدت على الإرادة الظاهرة، لتعذر ظهور الإرادة الباطنة، فألغيت وأنيط الحكم بما هو مظنة لها، وهو الإيجاب والقبول، وقد رجَّح أكثر الفقهاء المعاصرين الإرادة الظاهرة على الباطنة، والنزعة الموضوعية في العقد على الذاتية، لما لها من نتائج في استقرار التعامل.

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة وخصائصه وأركانه:

يراد بالمقاولة في اللغة: المفاوضة والمجادلة، ومنه قولهم: قاوله في الأمر مقاولة إذا فاوضه وجادله، والمقاولة في الاصطلاح الشرعي: لا يجد الباحث في المدونات الفقهية تعريفاً شرعياً مباشراً لهذا المصطلح؛ لأنه من المصطلحات المستحدثة، ولكن هذا العقد عرف معناً وعملاً، من خلال تطابق صوره مع بعض العقود المشروعة في الفقه الاسلامي كالإجارة و الاستصناع[2].

وورد تعريف عقد المقاولة في قرارات مجمع الفقه الاسلامي عند بحثه لعقد المقاولة في دورته الرابعة عشرة، ونص على أن "عقد المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر "[3].

---

[1] السنهوري، عبدالرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م (1 / 150)، و الشرقاوي، جميل: النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، 1995م (ص 52).

[2] عنبر، محمد عبدالرحيم: عقد المقاولة والتوكيلات التجارية. ط2، القاهرة، 1987م. (ص8)، و رسلان، نبيلة: عقد المقاولة، كلية الحقوق جامعة طنطا. (ص14)، و الفضلي، جعفر: الوجيز في العقود المدنية البيع – الإيجار _ المقاولة. ط2، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع 1997م. (ص366)

[3] عقد المقاولة والتعمير، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الرابعة عشرة، بقرار رقم 129 (3 /14).

تعريف عقد المقاولة في القانون المدني اليمني:

عرف القانون اليمني عقد المقاولة بأنه عقد بين شخص وآخر يلتزم فيه أحدهما وهو المقاول بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً في مقابل أجر يلتزم به الآخر وهو رب العمل وسواء قدم رب العمل المواد اللازمة للعمل من عنده أم التزم المقاول بتقديم العمل والمواد اللازمة له معاً [1]،و يعد عقد المقاولة في القوانين المدنية المعاصرة من العقود المسماة، أي وضعت له اسماً خاصاً وتكفلت ببيان القواعد المنظمة له، سواء في التشريع المدني أو في القوانين الأخرى، لتميزه عن غيره من العقود، وقد أوردت تلك القوانين المدنية المعاصرة تعريفات متعددة لعقد المقاولة.

المطلب الثاني: خصائص عقد المقاولة في الفقه والقانون

من خلال النظر في تعريف عقد المقاولة المتقدم يتضح بأن له خصائص وأوصافاً يفيد تحديدها والعلم بها في تعيين القواعد المنظمة له، وأهم هذه الخصائص هي:

اولاً: أنه عقد رضائي: أي لا يشترط لانعقاده شكل معين، فهو ينعقد بمجرد ارتباط قبول أحد الطرفين بإجاب الطرف الآخر وتطابقهما، ويجوز انعقاده بالكتابة أو مشافهة أو حتى بالإشارة الدالة لمن لا يقدر على النطق، للقاعدة "الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان"[2].

ثانياً: يقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين هما: الشي المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين، والبدل الذي يلتزم به صاحب العمل.

ثالثاً: أنه عقد معاوضة لان كلا الطرفين يهدفان من تعاقدهما الحصول على منفعة، مقابل ما يقدمه للطرف الآخر، فالمقاول يؤدي العمل المطلوب منه مقابل البدل الذي يحصل عليه من صاحب العمل، ويقابل ذلك عقد التبرع الذي لا يقوم على المبادلة، فلا يأخذ في المتعاقد مقابلاً لما يعطي.

---

[1] القانون رقم 14 لسنة 2002م، و قد عرفته المادة (646) من القانون المدني المصري بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين، بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاهد الآخر، وتطابقها المادة (612) من القانون المدني السوري، والمادة (864) من القانون المدني العراقي، والمادة (549) من القانون الجزائري، والمادة (645) من القانون المدني الليبي، وعرفته المادة (874) من القانون المدني اليمني وعرفته المادة (780) من القانون المدني الأردني بأنه "المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".

[2] حيدر، علي: درر الحكام. (162/1).

رابعاً: أنه عقد ملزم للجانبيين: فعقد المقاولة منذ ابرامه يرتب التزامات على عاتق كل من طرفيه، فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان، كما يلتزم صاحب العمل بأن يتسلم العمل بعد إنجازه وبدفع البدل.

خامساً: أنه عقد وارد على العمل: فالعنصر الجوهري في العقد مطلوب من المقاول، وهو القيام بعمل معين، وكونه ايضاً يقوم بالعمل باستقلال تام، ولا يخضع لأي نوع من التبعية أو الاشراف من جانب صاحب العمل إلا ان اشترط ذلك.

سادساً: أنه عقد محدد: أي أنه يمكن لكل من طرفيه عند التعاقد تحديد قيمة المنفعة التي يقدمها للطرف الآخر، وقيمة المنفعة التي سوف يأخذها منه، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع كما في عقود الغرر[1].

سابعاً: أنه عقد ممتد: لأن الالتزام في عقد المقاولة ينفذ بأداءات مستمرة أو أداءات دورية.

ثامناً: الاعتبار الشخصي في تنفيذ عقد المقاولة، ويبدو الاعتبار الشخصي جلياً عندما يتعاقد صاحب العمل مع مقاول من أصحاب المهن الحرة لماهرين، كما هو الحال بالنسبة للطبيب والمحامي، إذ يعتمد تحقيق النتيجة المنتظرة على مدى الثقة والخبرة التي يوليها للمقاول المهني، ويبرر الاعتبار الشخصي في المقاولة الحكم بانقضاء العقد بموت المقاول، إذ لا يمكن القول بانتقال العقد تلقائياً إلى الخلف العام[2].

المطلب الثالث: أركان عقد المقاولة

الركن الأول: صيغة ابرام عقد المقاولة وشروطها:

كان للفقه الإسلامي فضل السبق في إرساء مبدأ الرضا في العقود قبل أن تعرفه أوربا بقرون، ويقضي هذا المبدأ بأن يتم العقد وينتج آثاره بمجرد التراضي بين الطرفين دون التوقف على شيء من المراسيم والاجراءات الشكلية، غير أن الرضا أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، فأناط الشارع حكم العقد بما يقوم مقام هذا العنصر الخفي وهو " الصيغة "، لكونها أمراً مادياً محسوساً، يمن اثباته أمام القضاء عند النزاع، فالصيغة هي ما يصدر عن العاقدين من الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من الكتابة أو

---

(1) الدريني، فتحي: النظريات الفقهية. (ص 334).

(2) قرارية، زياد شفيق حسن: عقد المقاولة في الفقه الاسلامي وما يقابله في القانون المدني. رسالة ماجستير بكلية النجاح الوطنية سنة 2004. (ص 27).

الإشارة أو المبادلة الفعلية، فهي علامة نشؤ العقد وقيامه[1]، مع ضرورة مراعاة شرائط الانعقاد اللازمة لصحة العقد كالأهلية للمتعاقدين وغيرها، وفي هذا المقام ينغي أن ننبه أنه يؤخذ على القوانين الوضعية المدنية ومنها القانون اليمني أنها تعبر عن التراضي بالعقد بأنه مجرد تبادل طرفي التعبير عن ارادتين متطابقتين مالم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاده، والصحيح ليس تطابق الارادتين، وانما تطابق الإيجاب والقبول – كقاعدة عامة – عن الإرادة الباطنة.

توافق الإيجاب والقبول:

وهو أن يأتي القبول موافقاً للإيجاب في كل جزئياته، كمحل العقد، وفي مقدار ثمنه، وفي الأجل إن وجد، فيجب في عقد المقاولة تطابق الإيجاب والقبول بين المقاول وصاحب العمل على ماهية العمل، فلو أراد أحد الطرفين أن يبرم عقد المقاولة والآخر اتجهت نيته لإبرام عقد وكالة مثلاً فإنه لا يوجد في هذه الحالة عقد مقاولة ولا عقد وكالة، ويجب التراضي على العمل المطلوب تأديته من المقاول تجاه صاحب العمل، والبدل الذي يلتزم به صاحب العمل للمقاول[2]، وإذا لم يعين البدل في العقد، استحق المقاول بدل المثل، ولمتكن المقاولة باطلة، بحسب ما جاء في مواد التشريعات المدنية الوضعية[3]، وهذا يخالف أحكام الفقه الإسلامي، حيث يشترط تعيين البدل في العقد، وفي حالة الجهالة يفسد العقد ويثبت أجر المثل[4].

أن يكون الإيجاب والقبول بلفظي الجزم و القطع:

لتعذر ظهور الإرادة الباطنة ألغيت وأنيط الحكم بما هو مظنة لها، وهو الإيجاب والقبول، ولضمان صحة اعتبار الإيجاب والقبول مظنة لوجود الإرادة الباطنة لعقد المقاولة، اشترط الفقهاء أن يكون الإيجاب والقبول بلفظي الجزم والقطع[5]، ليدلا بوضوح على الرغبة الحقيقية لإبرام عقد المقاولة.

---

[1] الزرقا، مصطفى: المدخل الفقهي العام (1/ 318-319)، و الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته. (4/ 105).

[2] الشهاوي، قدري: عقد المقاولة. (ص50)، و شنب، محمد لبيب: شرح أحكام عقد المقاولة (ص58-63)، و السنهوري: الوسيط (37/7)، و عنبر، عبدالرحيم: الوجيز في عقد المقاولة (ص 31-36).

[3] القانون المدني اليمني لعام2002 المادة (888)، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني المادة (796)، و السنهوري: الوسيط (659) (38/3).

[4] ابن عابدين: حاشية رد المحتار (15/7)، وابن جزّي: القوانين الفقهية (ص163)، والكاساني: البدائع (137/5).

[5] انظر ابن عابدين: حاشية رد المحتار (24/7)، والشربيني: مغني المحتاج (338/2)، والميداني: اللباب (3/2)، والخرشي: حاشية الخرشي (263/5- 264)، والبهوتي: كشاف القناع (147/3).

E-ISSN:2958-9967 P-ISSN:2958-9959 المجلد: 01 ، العدد: 02، السنة: 2023

واختلف الفقهاء في انعقاد العقد بلفظ الأمر الذي يعبر به عن المستقبل كأن يقول المقاول: قاولني هذا العمل بألف، فيقول صاحب العمل: قبلت، فلا ينعقد العقد عند الحنفية[1]، لان صيغة الأمر تحتمل الدلالة على إرادة المساومة أو الوعد، وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية[2]: أن لفظ الأمر يصح به العقد؛ لأن العرف جرى على استعمال صيغة الأمر في إنشاء العقود كالماضي والمضارع، فينعقد بها العقد.

اتصال القبول بالإيجاب:

والمقصود بالاتصال أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، إن كان الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الآخر بالإيجاب إن كانا غائبين، ويكون كلاً منهما مشتغلاً بالتعاقد[3].

الركن الثاني: عاقدا المقاولة ((طرفا العقد))

لا يتصور وجود الإيجاب والقبول اللذين يكونان ركن العقد من غير عاقد، فالعاقد من مكونات العقد الأساسية، وليس كل متعاقد صالحاً لإبرام العقود، فبعض الأفراد لا يصح لهم أن يبرموا أي عقد، وبعضهم يصح منهم إبرام بعض العقود، ومنهم ومن يصلح لكل عقد، وكل ذلك يرجع إلى مدى تحقق الأهلية عند المتعاقدين.

أولاً: الأهلية:

يشترط في كلاً من المقاول وصاحب العمل أن يكون متمتعاً بالأهلية الكافية لإبرام العقد، والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء، وهي صلاحية الإنسان للقيام بالتصرفات القانونية أو الشرعية على وجه يعتد به، والسبب في اعتبار أهلية الأداء في عقد المقاولة؛ لأنه عقد دائر بين النفع والضر[4]، فهو من عقود المعاوضات الذي يرتب التزاماً على كلا الطرفين، فصاحب العمل يلزم بدفع البدل، والمقاول يلزم بتقديم العمل والمواد التي يستخدمها أو عمله فقط، فكلاً منهما معرض للربح والخسارة[5]، فيشترط في كل من المقاول وصاحب العمل الأهلية الكاملة، أو الإذن لصاحب أهلية الأداء الناقصة.

---

(1) الكاساني: البدائع (132/5).

(2) الشربيني: مغني المحتاج (328/2)، وابن رشد: بداية المجتهد (170/2).

(3) الشربيني: مغني المحتاج (329/2-330)، وابن جزي: القوانين الفقهية (ص180)، والبهوتي كشاف القناع (147/3-149)، و الزحيلي: العقود المسماة (ص16-17).

(4) توفيق، زيداني: النظام القانوني لعقد المقاولة (ص20).

(5) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (3315/5-3318)، و الكردي: فقه المعاوضات (ص182-183)، و شنب: شرح أحكام عقد المقاولة (ص 80)، و السنهوري: الوسيط (48/7-49).

وبذلك قال الحنفية[1] والمالكية[2] والحنابلة[3]، فلا ينعقد تصرف الصبي غير المميز، وهو الذي لم يبلغ السابعة من عمره، ولا الإنسان الذي يكون في حالة جنون أو إغماء أو نوم، وإذا أبرم أحدهم عقداً من العقود بما فيه المقاولة، يقع باطلاً ولا يصح ولا تؤثر فيه إجازة الولي اللاحقة.

ثانياً: أن يكون العاقد متعدداً:

والمراد به أن يكون المقاول غير صاحب العمل، فلو كان المقاول هو صاحب العمل لم ينعقد العقد وكان باطلاً، ولا ينعقد العقد بوكيل عن الجانبين، أو رسول من الطرفين، وسواء في ذلك كان العاقد أصيلاً عن نفسه في تقديم العمل والمادة أم العمل فقط ووكيلاً عن صاحب العمل، فيكون كالوكيل يشتري مال نفسه لموكله؛ لان للمقاولة حقوقاً متقابلة مثل التسلم والتسليم، ولا يعقل كون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومستلماً، وطالباً ومطالباً، وقد نص القانون المدني اليمني في المادة(169) منه على أنه: لا يجوز للشخص ان يتعاقد مع نفسه لنفسه باسم من ينوب عنه...

الركن الثالث: محل عقد المقاولة:

محل العقد هو ما وقع عليه التعاقد، ويظهر أثر العقد فيه، وهذا ظاهرٌ في تعريف الفقهاء للعقد من أنه ارتباط إيجاب بقبول على وجهٍ مشروع، يظهر أثره في محله[4]، فلابد لكل عقد من محل يظهر حكمه أو أثره فيه، فالمقصود من العقود آثارها، وتختلف طبيعة المحل بحسب أنواع العقود، ففي عقد البيع والرهن والهبة يكون محل العقد عيناً مالية، وفي عقد الإجارة و الاستصناع يكون محل العقد العمل.

وذكرت التشريعات المدنية الوضعية ما يمكن أن يكون محلاً للعقد، مثل القانون المدني الأردني في المادة (158)، والقانون المدني اليمني في المادة (185)، والقانون المدني الجزائري في المادة (93) وغيرها، ويجب أن يكون محل عقد المقاولة مما يمكن القيام به، وفي مقدور المقاول، وإذا تعهد بعمل ليس باستطاعته كان ذلك عبثاً واضراراً بالآخرين، وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (159) على ذلك " إذا كان العمل مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً "، ومثله القانون المدني الجزائري في المادة (93) وغيرها من القوانين المدنية الأخرى، والاستحالة التي تجعل عقد المقاولة عقداً باطلاً هي الاستحالة المطلقة، وليست الاستحالة النسبية، والاستحالة المطلقة تعني عدم إمكان أي شخص القيام بالعمل

---

(1) ابن عابدين: حاشية رد المحتار (14/7).

(2) الخرشي: حاشية الخرشي (266/5).

(3) البهوتي: كشاف القناع (151/3).

(4) الزرقاء: المدخل الفقهي العام (291/1).

أي أنه مستحيل في ذاته، وقد تكون الاستحالة المطلقة طبيعية، كما لو تم الاتفاق مع أحد الأشخاص على قيامه بإيجاد دواء قادر على شفاء جميع الأمراض المعروفة في هذا العصر، فيكون العقد باطلاً؛ لأنه يستحيل من الوجهة العلمية والعقلية إيجاد هذا الدواء، وقد تكون الاستحالة قانونية، كمن يتعهد بالطعن في حكم قضائي قد انقضت مواعيد الطعن فيه، فلم يعد بالإمكان إعادة النظر فيه، وقد تكون الاستحالة شرعية، كأن يكون المقاول عاجزاً عن تسليم المنفعة حساً أو شرعاً كإجارة الحائض لكنس المسجد[1]، وأما الاستحالة النسبية فتعني: فتعني أن العمل مستحيل بالنسبة لبعض الأشخاص دون الآخرين، كأن يتعهد المقاول بإجراء عملية جراحية لمريض وهو ليس طبيباً، فهذا العمل مستحيل تنفيذه ولكن في مقدور غيره من ذوي الاختصاص والخبرة القيام به، والاستحالة المطلقة أياً كان نوعها فهي تمنع من انعقاد عقد المقاولة، بخلاف الاستحالة النسبية لا تمنع من انعقاد عقد المقاولة، ويكون المقاول مسؤولاً عن التعويض[2].

كما يجب في عقد المقاولة أن يكون العمل الذي تعهد به المقاول مما أباحه الشارع، أما إذا كان العمل المتفق عليه مخالفاً لأحكام الشريعة، ومنافياً للنظام العام والآداب، كان عقد المقاولة باطلاً، وهذا باتفاق فقهاء الشريعة[3] والفقهاء القانونيين [4]، ومن شروط المحل في عقد المقاولة أيضاً أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وقت العقد تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع غالباً، وتحقيقاً للرضا الحقيقي الكامل، وبالنظر في نصوص الفقهاء نجد أن العمل يكون معيناً إذا تولى الطرفان بيان نوعه، وأوصافه وقدره، وطريقة أداءه، وكل ما يمكن به ازالة كل جهالة فاحشة يمكن أن تكون سبباً للنزاع[5].

---

(1) البهوتي: كشاف القناع (565/3)، الشربيني: مغني المحتاج (448/3).

(2) السنهوري: الوسيط (58/7)، الفضلي: الوجيز (ص380)، السرحان: شرح القانون المدني (26، 27)، أبو البصل، عبد الناصر: دراسات في فقه القانون المدني الأردني (ص167).

(3) الكاساني: البدائع (21/6)، والشربيني: مغني المحتاج (445/3)، والخرشي: حاشية الخرشي (223/7)، وابن رشد: بداية المجتهد (220/2)، والشيرازي، ابراهيم بن علي: المهذب. بيروت دار الفكر. (394/1).

(4) نص على ذلك القانون المدني اليمني في المادة (186) بقوله " لا يصح التعاقد على عين محرمة شرعا ولا فعل محرم شرعا او مخالف للنظام العام او الآداب العامة الذين لا يخالفان اصول الشريعة الاسلامية"، كما نص على ذلك عدد من القوانين المدنية مثل القانون الجزائري في مادته (93)، والقانون المدني الأردني مادة (163)، والقانون المدني الإماراتي والمصري والكويتي وغيرها، كما نبه شراح القانون إلى ذلك منهم السنهوري: الوسيط (57/7–58)، الشهاوي: عقد المقاولة (ص72)، و السرحان: شرح القانون المدني (ص28) وغيرهم.

(5) السرخسي: المبسوط (47/16)، الكاساني: البدائع (86/6).

وهذا ما نصت عليه كثير من القوانين المدنية العربية، فقد نص القانون المدني المصري في المادة (123) على أنه : إذا لم يكن محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً، ومثله القانون المدني اليمني في المادة (190) حيث ينص علة أنه " يلزم ان يكون محل العقد معينا تعيينا تاما نافيا للجهالة المؤثرة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه او باسمه او بصفته مع بيان مقداره ان كان من المقدرات او بذكر حدوده او بنحو ذلك ولا يكتفى بذكر الجنس او النوع عن الوصف المميز ويستثنى من ذلك ما ينص عليه القانون كالكفالة ونحوها"، ومثله القانون المدني الأردني في المادة رقم (782)، والقانون الكويتي مادة (661)، والقانون الإماراتي مادة رقم (872)، والجزائري مادة رقم (93).

ونرجح ما نص عليه القانون اليمني في المادة السابقة الذكر؛ لكون ذكر الجنس أو النوع لا ينفي الجهالة عن الموصوف غالباً، ويكون العمل معيناً ببيان نوعه و وصفه، ويكون قابلاً للتعيين متى تضمن ما يساعد على تعيينه، كما لو اتفق الطرفان على بناء مستشفى تحتوي على كذا سرير وكذا غرفه، مع المرافق اللازمة.

ويلاحظ أن القوانين المدنية نصت على بطلان عقد المقاولة بسبب الجهالة الفاحشة المفضية إلى المنازعة، متبعة رأي جمهور الفقهاء[1]، بخلاف مذهب الحنفية الذي يقضي بفساد العقد بسبب الجهالة الفاحشة[2]، ويترتب على ذلك أن يثبت للعامل بعد الشروع بالعمل أجرة المثل كاملة، سواء أكانت مساوية للأجرة المسماة أم أكثر أم أقل عند جمهور الفقهاء.

المبحث الثاني: آثار عقد المقاولة

يرتب عقد المقاولة التزامات متقابلة على عاتق كلا من المقاول ورب العمل، يتعين عليهما تنفيذها بحسن نية، فإذا أخل أحدهما بالتزاماته تعرض للجزاء المناسب للإخلال الصادر منه، وهذا ما يمكن تسميته بآثار عقد المقاولة.

---

(1) البهوتي: كشاف القناع (549/3)، وابن النجار: منتهى الإرادات (ص478)، والشربيني: مغني المحتاج: (444/3)، و ابن قدامة المقدسي، عبدالله: الكافي في فقه أحمد بن حنبل، تحقيق زهير الشاوش. طبعة 5، بيروت: المكتب الاسلامي. سنة 1988م. (312/2).

(2) الميداني، عبد الغني: اللباب (103/2-104)، و الكاساني: البدائع (542/5).

المطلب الأول: التزامات المقاول

يلتزم المقاول بالتزامات بمقتضى العقد تشبه في الفقه الإسلامي التزامات الصانع والأجير المشترك والأجير الخاص، كما نصت القوانين المدنية على هذه الالتزامات، فنذكر أولاً هذه الالتزامات عند فقهاء الشريعة، ثم نعرج على ما ورد من نصوص التشريعات المدنية حول تلك النقاط.

أولاً: إحضار آلات العمل:

الأدوات المستخدمة في المقاولة تنقسم إلى قسمين:

1- أدوات داخلة في تكوين الشيء المراد إنجازه ويقع العمل عليها لتكوين الشيء المراد منها، وهي ما يعبر عنها بالمواد الخام، وهذه مثل: القماش في الخياطة، والإسمنت والآجر في البناء.

2- وأدوات تستعمل لإنجاز العمل، وهي ما يعبر عنها بالآلات. فإن احضر المقاول المواد الخام كالحديد والإسمنت ونحوها، فالمقاولة حينئذ تكون استصناعاً، واحضار الصانع (المقاول) لهذه الأدوات من صلب عمله، كما يجب عليه احضار الآلات التي ينجز بها العمل، إذ المستصنع (رب العمل) ليس عليه إلاَّ دفع الثمن[1].

ولكن هل على الأجير احضار الآلات التي ينجز بها عمله، كحبر الناسخ وخيوط الخياط؟

اتفق الفقهاء على أنه إن كانت هناك عادة بين الناس أو شرط من أحدهما، فإنه يعمل بذلك[2]؛ لأن العادة محكمة[3].

أما إذا لم يكن هناك عادة ولا شرط، فاختلفوا على قولين:

القول الأول: الآلات على العامل (المقاول): وهذا قول عند الشافعية، و هو الصحيح من مذهب الحنابلة[4].

القول الثاني: الآلات على رب العمل، وهذا قول الحنفية، والمالكية، والمشهور من مذهب الشافعية، وهو قول عند الحنابلة[5].

---

(1) ابن مفلح: المبدع (4/179-180)، وابن الهمام: فتح القدير (6/241).

(2) ابن عابدين: حاشية رد المحتار (6/54)، والشربيني: مغني المحتاج (2/346).

(3) ابن نجيم: الاشباه والنظائر (ص92)، السيوطي: الأشباه والنظائر (ص89).

(4) بن مفلح: الفروع، ط4، دار الكتب لبنان، 1985م. (4/448)، النووي: الروضة (4/282).

(5) السرخسي: المبسوط (16/51)، الخرشي: شرح الخرشي على خليل (7/24)، الشربيني: مغني المحتاج (2/346).

وقد نصت العديد من القوانين المدنية الوضعية على هذا الشرط، منها القانون المدني الجزائري في المادة (552): " على المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من الآلات وأدوات اضافية ويكون ذلك على نفقته، ما لم يقضي الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك "[1].

كما نصت المادة (877) من القانون المدني اليمني على ذلك: " في جميع الأحوال يلتزم المقاول على نفقته بتقديم المواد الإضافية المعتادة التي يحتاج إليها في إنجاز العمل المتفق عليه مع مراعاة ما اشترط في العقد أو عرف الحرفة"[2]، ومن خلال ما سبق نجد أن القانون اليمني وغيره من القوانين قد رجح القول الأول وهو الزام العامل بإحضار الآلات التي يحتاج إليها في إنجاز عقد المقاولة، ونحن نرجح هذا القول ايضاً؛ وذلك لان العامل أعلم بما يحتاج إليه وما تتطلبه طبيعة العمل، إضافة إلى الاختصار في الوقت وسرعة التنفيذ، ولو قلنا بوجوبه على رب العمل فقد يؤدي ذلك إلى التأخير في الإنجاز مما سبب حصول الضرر منه.

ونلاحظ هنا أن المشرع اليمني لم يتعرض إلى مسألة احتياج المقاول إلى الأيدي العاملة، إذ لم يتضمن النص أعلاه تحميل المقاول نفقات ما يحتاج إليه من أيدي عاملة.

لكن رغم ذلك، يمكن القول أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق الحكم على هذه الحالة لعدم وجود مانع قانوني، وإن كان من الأفضل تعديل نص المادة بما يفيد صراحة تحميل المقاول نفقات ما قد يحتاجه في انجاز عمله من آلات وأدوات وأيدي عامله، تعمل تحت اشرافه.

كما نص على ذلك كلا من القانون المدني الكويتي في المواد (666-670)، والقانون المدني الأردني في المواد (783-791)، والقانون المدني الإماراتي في المواد (875-883)[3].

ثانياً: الالتزام بجودة المواد التي يقدمها:

في المقاولة قد يقدم رب العمل المواد الخام المستعملة في الشيء المراد إنجازه، وفي هذه الحالة هو أعلم بمصلحته سواء أحضر مواد جيدة أم رديئة، إلاَّ أنه يلزم المقاول إخباره برداءة المواد التي يقدمها؛ لأن هذا من النصح والدين النصيحة، فإن رضي رب العمل بها فلا يخلوا من حالتين:

---

(1) توفيق: نظام المقاولة في القانون المدني الجزائري (ص53).

(2) المكتبة الإلكترونية الشاملة: متن القانون اليمني، مدني7، عقد المقاولة.

(3) الزحيلي، وهبة: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، ط1. (257/13).

الحالة الأولى: أن يترتب على رداءتها ضرر، كأن تكون هذه المواد تستعمل في بناء عمارة سكنية وتؤدي إلى انهيارها على السكان، ففي هذا الحالة يجب على المقاول الكف عن العمل؛ لأن رب العمل لا يملك أن يأذن للمقاول بإهلاكه أو إهلاك الأخرين[1].

الحالة الثانية: الاَّ يترب على رداءتها إلاَّ سرعة فسادها دون أن يكون هناك ضرر على أحد، كأن يكون الخشب المستعمل في صنعة خزنة الملابس رديئاً، ففي هذه الحالة لا يلزم المقاول الكف عن العمل مادام رب العمل راضياً.

أما إن قدم المقاول الأدوات، فهل يلزم بجودة المواد التي يقدمها؟

اتفق الفقهاء على أنه إذا اتفق العاقدان على رداءة المواد الخام التي يقدمها المستصنع (أو المسلم إليه عند الجمهور) فلهما ذلك، كما اتفقوا على أنه إذا اشترطت الجودة في المواد الخام فعلى المستصنع الالتزام بجودة المواد التي يقدمها[2]، ومما سبق يتبن أن رب العمل لا يلزمه تقديم المواد الجيدة، ما لم يكن هناك ضرر في تقديم المواد الرديئة.

وأما المقاول فعليه أن يلتزم بجودة المواد التي يقدمها مالم يكن هناك اتفاق على تقديم الرديء.

وقد نصت بعض التشريعات المدنية على هذا الشرط منها:

القانون المدني الجزائري في مادته (551) في حالة تقديم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها:

"إذا تعهد المقاول بتقديم كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها وضمانها لرب العمل".

أمَّا إذا لم يقدم المقاول إلاَّ عمله فقط فقد نصت المادة (552) على:

"إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها، ويراعي أصول الفن في استخدامه لها".

وبمثل ما سبق نص القانون اليمني في مادته (876) بقوله" إذا قدم رب العمل للمقاول المواد اللازمة يلزم المقاول الحرص عليها ومراعاة أصول الفن والصناعة في استخدامها وتقديم حساب عما استعمل

---

(1) الكاساني: البدائع (177/7).

(2) الزركشي المصري الحنبلي، شمس الدين محمد بن عبد الله: شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ط1، 1993م، دار العبيكان للنشر. (6/4)، الشربيني: مغني المحتاج (115/2)، الخرشي: شرح الخرشي على خليل (213/5)، الكاساني: البدائع (3/5).

المجلة العصرية للدراسات القانونية – الكلية العصرية الجامعية – رام الله – فلسطين.
E-ISSN:2958-9967 P-ISSN:2958-9959 المجلد: 01 ، العدد: 02، السنة: 2023

ورد الباقي منها لرب العمل ويضمن المقاول ما ينشأ عن النقص في كفاءته الفنية أو تعديه أو تقصيره أو إهماله من تلف أو خسارة".

فعلى المقاول متى سلمت إليه المادة أن يتولى المحافظة عليها وأن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد، وإلاَّ كان مسؤولاً عن هلاكها أو تلفها أو سرقتها، وإذا احتاج حفظ المادة إلى نفقات تحملها المقاول وفقاً للقواعد العامة، وتعتبر جزء من النفقات العامة التي أدخلها في حسابه عند تقدير الأجر ما لم يحصل اتفاق على خلاف ذلك.

ونصت المادة (877)على أنه " إذا التزم المقاول بتقديم المواد اللازمة للعمل كان مسؤولاً عن جودتها وأوصافها بحسب العقد وعليه ضمان ذلك لرب العمل".

وفي اختيار المقاول للمادة التي يقدمها، فإنه يتعين عليه أن يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها بشأن هذه المادة، فإذا لم تكن هناك شروط أو مواصفات وجب على المقاول أن يأخذ بنظر الاعتبار الغرض الذي أعدت له هذه المادة، بحيث يجهز مادة تصلح لتجهيز ذلك الغرض.

وقد نص على ذلك ايضاً القانون المدني الكويتي في المادة (669)، والقانون المدني المصري في المواد (647-650)، والقانون المدني الإماراتي في المادة (779)، وغيرها

ثالثاً: تنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه:

المقاولة عقد يصح تأقيته، سواء أقت بإنجاز عمل أم أقت بمدة معينة، فإذا أقت بمدة معينة فعلى المقاول أن ينفذ العمل في الوقت المتفق عليه؛ لأن رب العمل ما ضرب الأجل إلاَّ وله فيه مصلحة لا يحق للمقاول تفويتها عليه[1].

ومع أن الوقت المتفق عليه ليس معقوداً عليه في المقاولة إذ المعقود عليه إنجاز العمل، إلاَّ أن ذكر الوقت في العقد يجري مجرى الشرط، فيلزم المقاول تنفيذه، ولضمان تنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه، كان على المقاول الا يتراخى في بدء العمل، لا سيما وأن العقد عند الإطلاق يحمل على الحلول لا على التأجيل[2]، فإن لم يذكر وقت لإنجاز العمل فيه، فعلى المقاول إنجاز العمل في الوقت المناسب لمثل هذا العمل، ولذا لا يجوز له التأخير في إنجاز العمل بحجة أن الاتفاق تم دون مراعاة الوقت، وكذا لو تم الاتفاق

---

[1] العايد، عبدالرحمن عايد: عقد المقاولة، ط1، 2004م. (ص179).

[2] بن قدامة المقدسي، عبد الرحمن بن محمد: الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع. (3/331)، الزيلعي: تبيين الحقائق (5/107).

على عمل شيء ما ولم تذكر المدة، إلاَّ أن هذا العمل سيفوت الغرض منه لو تأخر عن مدة معينة، فهنا يلزم المقاول أن ينجز العمل في الوقت الذي يتمكن فيه رب العمل من الانتفاع به[1]، والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في مدة مقولة، التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية[2]، فلا يستطيع المقاول التخلص من المسؤولية عن التأخير في إتمام العمل إلا بإثبات السبب الأجنبي، كقوة قاهرة أو خطاء الغير أو خطاء رب العمل[3]، كما لو تأخر رب العمل في اصدار رخصة البناء، غير أن مسؤولية المقاول عن التأخير في إنجاز العمل تظل قائمة، ولو أثبت ان المدة المتفق عليها في العقد لم تكف لإنجاز العمل؛ ذلك لأنه كان يتعين عليه الا يقبل تحديد مدة لا يمكنه إنجاز العمل خلالها[4].

رابعاً: تنفيذ العمل المتفق عليه حسب المواصفات المتفق عليها:

عقد المقاولة كغيره من العقود، لابد أن يكون المعقود عليه معلوماً مضبوطا بصفات نافية للجهالة.

وقد تذكر مواد تحسينية أرادها رب العمل في العمل المتفق عليه، فإذا تم الاتفاق على ذلك، فعلى المقاول الالتزام بتنفيذ العمل المراد على حسب المواصفات المتفق عليها، فإن لم يشترط رب العمل مواصفات معينة، فعلى المقاول الالتزام بتنفيذ العمل المراد على حسب أصول الصناعة وما تعورف عليه، فإذا أهمل ولم يحسن عمله فإنه غاش لرب العمل، وعلى المقاول أن يسلك السبل المؤدية إلى إتقان عمله، فلا يتشاغل عن عمله بما يسبب خطأه فيه[5]، كما على المقاول أن يحضر معه الآلات اللازمة لإتقان العمل، كالآلة المستخدمة في تنظيم الطوب بعضه على بعض، ويجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، فإذا أخل بشرط منها، جاز لرب العمل طلب الفسخ في الحال إذا تعذر إصلاح العمل[6].

وأما إذا كان اصلاح العمل ممكناً، كان لرب العمل إنذار المقاول بتصحيح العمل خلال مدة معقولة، فإذا انقضت المدة دون إتمام التصحيح، جاز له أن يطلب من القاضي فسخ العقد أو الترخيص له في العهدة لمقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول.

---

(1) شنب: محمد لبيب، أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء. (ص120).

(2) قرة، فتيحة: أحكام عقد المقاولة. (ص118).

(3) العمروسي، أنور: العقود الواردة على العمل في القانون المدني، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م. (ص36).

(4) شنب: أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء. (ص121).

(5) ابن قدامة: المغني (39/8).

(6) زيداني توفيق: النظام القانون العام لعقد المقاولة (ص58).

وهذا ما نصت عليه المادة (878) من القانون المدني اليمني بقولها:

"يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد فإذا تبين أنه يقوم بما تعهد به على وجه معيب أو منافي للشروط فيجوز لصاحب العمل فسخ العقد في الحال إذا كان إصلاح العمل غير ممكن وأما إذا كان الإصلاح ممكناً فيجوز لصاحب العمل أن يطلب من المقاول أن يلتزم بشروط العقد ويصحح العمل ضمن مدة معقولة فإذا انقضى الأجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل أن يطلب من المحكمة فسخ العقد والترخيص له بأن يعهد إلى مقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول"، وهذا ما نصت عليه القوانين المدنية مثل القانون المدني الأردني في المادة (788)، والقانون المدني الإماراتي (882)، والقانون المدني المصري (209، 650)[1]، وغيرها.

خامساً: تسليم المعقود عليه فور الانتهاء من العمل:

إذا انتهى المقاول من العمل المتفق عليه فيجب عليه تسليمه إلى رب العمل فور الانتهاء منه؛ لأن هذا هو مقتضى العقد، إلا أن يكون بينهما شرط حددا فيه موعد التسليم فإنه حينئذ يعمل بالشرط[2]، ويكون التسليم بأن يضع المقاول الشيء الذي التزم بأدائه تحت سلطة صاحب العمل وتصرفه فعلاً بحيث يستطيع أن يمارس سلطته عليه كاملة[3]، ففي المقاولات العقارية كإنشاء السدود وبناء المنشآت فالتسليم يكون بالتخلية بين العمل وصاحب العمل، وبتسليم المفاتيح إن وجد وهذا شأن الأشياء غير المنقولة.

أما إن كان موضوع العقد يمكن نقله فتسليمه يتم حسب الاتفاق في العقد، ويبقى الشيء المعقود عليه في ضمان المقاول وتحت مسؤوليته إلى أن يقوم بنقله إلى المكان المقرر تسليمه لصاحبه[4].

فإذا أخل المقاول بموضوع التسليم كاملاً في المكان والزمان الواجب تسليمه فيه، يكون لصاحب العمل طلب التنفيذ العيني أو الفسخ والتعويض، بعد اعذار المقاول في الحالتين، وللقاضي تقدير حق طلب الفسخ والتعويض[5].

سادساً: ضمان العمل بعد تسليمه

---

(1) الزحيلي: وهبة: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة. (258/13).

(2) البهوتي: شرح منتهى الإرادات (379/2-380)، الزيلعي: تبيين الحقائق (109/5).

(3) شاشو، ابراهيم: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، بحث رسالة دكتوراه بجامعة دمشق، كلية الشريعة، 2010م. (ص758).

(4) توفيق: النظام القانون العام لعقد المقاولة (ص58).

(5) الزحيلي: وهبة: عقد المقاولة، مجمع الفقه الإسلامي في دورته 14.

الضمان هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضيع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية[1]، ويشمل الضمان ايضاً صلاحية الشيء للانتفاع المعتاد، وخلوه من العيوب مدة معينة بعد التسليم، فالمقاول يضمن ما تولد عن فعله من ضرر أو خسارة سواء كان بتعديه أو تقصيره أم لا؛ لأنه كالأجير المشترك ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس، وهذا هو قول الجمهور من أهل العلم[2]، ويستثنى من ذلك إذا حصل الضرر أو الخسارة لسبب قاهر، عملاً بالقاعدة الشرعية (كل ما لام يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه).

والخلاصة: أنه يجب التفرقة في هذا المقام بين ثلاث حالات وهي:

1- إذا كان العيب في العمل المنجز واضحاً، يستطيع الشخص العادي أن يكشفه إذا عاينه، فإن تسلم رب العمل للعمل المنجز بصورته معيباً دون اعتراض، يعني أنه قبل العمل معيباً، ونزل عن حقه في الرجوع على المقاول، ومن ثم ينقضي ضمان المقاول للعيب في هذه الحالة[3].

2- إذا كان العيب ليس من الوضوح حتى يتمكن رب العمل من كشفه حال تسلمه للعمل المنجز من قبل المقاول، ولم يكن هذا الأخير قد أخفاه غشاً منه، ففي هذه الحالة يظل المقاول ضامناً للعيب للمدة التي يقضي بها عرف المهنة، باعتبار أن العرف في عقد المقاولة مكمل لنص القانون، ويجوز أن يصل إلى درجة تحديد مدة تتقادم بها دعوى الضمان، وقد يستخلص من سكوت رب العمل بعد اكتشافه العيب، أنه تنازل ضمنياً عن دعوى الرجوع على المقاول[4].

3- قد يعمد المقاول إلى إخفاء العيب أو المخالفة للشروط الواردة في العقد غشاً منه، فلا يتمكن رب العمل من معرفة ذلك العيب أو المخالفة وقت تسلمه للعمل، فإنه يكون لرب العمل في هذه الحالة الرجوع على المقاول بالضمان وفق قواعد المسؤولية التقصيرية[5].

---

(1) الزحيلي: وهبة: نظرية الضمان (ص16).

(2) السرخسي: المبسوط (103/15)، الكاساني: البدائع (533/6)، الشربيني: مغني المحتاج (215/2).

(3) قرة، فتحية: أحكام عقد المقاولة (ص146).

(4) مغبغب، نعيم: عقد مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة دراسة في القانون المقارن، ط3، 2001م. (ص284).

(5) السرحان، عدنان ابراهيم: العقود المسماة في المقاولة– الوكالة – الكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2007م. (ص53).

المطلب الثاني: التزام رب العمل

أولاً: دفع الأجرة

إذا سلم المقاول العمل المعقود عليه استحق الأجرة، وإذا لم يسلمها لم يستحقها؛ وذلك لأن الأجرة عوض، فلا يستحق المقاول تسلمه إلاَّ مع تسليم المعوض (العمل)، قياساً على ثمن المبيع بجامع أن كلاً منهما عوض في عقد معاوضة[1].

وإن عمل المقاول بعض العمل، فإن كان هذا الجزء من العمل غير مقصود، بكون العمل لا ينتفع ببعضه دون بعض، فإنه حينئذ لا يستحق شيئاً من الأجرة، لأن العمل في هذه الحالة كالشيء الواحد فلا يستحق الأجرة إلاَّ بعد تمام العمل كاملاً، وهذا كما لو تعاقدا على بناء عشر عمارات فبناء غرفتين من عمارة واحدة، أما إن كان هذا الجزء له نفع، فإنه يستحق ما يقابله من الأجرة، ويعتبر التزام رب العمل بدفع الأجرة أهم التزام يقع على عاتقه، لأنه يمثل المقابل الذي قصد المقاول الحصول عليه، وذلك الالتزام ينشأ إما باتفاق الطرفين، أو عن طريق القانون في حالة سكوت المتعاقدين عن تحديده[2]، ويدفع الأجر إلى المقاول الذي قام بالعمل أو إلى ورثته أو إلى خلفه الخاص، كما أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على دفع الأجرة مؤجلاً، أو أن يكون دفعة على أقساط دورية، وإذا لم يوجد اتفاق ولكن وجد عرف فيعمل به[3].

وقد نصت كثير من التشريعات المدنية على ذلك منها القانون المدني اليمني في المادة (883) " يلزم رب العمل دفع الأجرة للمقاول بحسب ما يقضي به العقد أو العرف ومع عدمهما تقسط أثلاثاً في أول العمل وأوسطه وعند استلامه"، ونجد أن المقنن اليمني قد أجاز تقسيم الأجرة أقساطاً في حالة عدم وجود اتفاق يلزم بدفعها كاملة أو عرف محكم في ذلك، ولعل سلوك المقنن هذا المسلك لتجنب ما يترتب على الامتناع عن دفع الأجرة وقت مباشرة العمل من ضرر، ونرى أن سلوك المقنن ذلك المسلك غير صحيح وخصوصا عند الزام رب العمل بإعطاء المقاول قسطاً في أول العمل وقبل اتمامه؛ لعدم وجود العمل المتفق عليه، وهذا الجزء قد لا يحصل الانتفاع به، وبالتالي كان الأولى على المقنن أن يقوم بتوضيح كيفية دفع الأجرة بشكل أكثر دقة.

---

[1] الكاساني: البدائع (204/4)، الدردير: الشرح الكبير (4/4).

[2] الزحيلي: وهبة: نظرية الضمان (ص279).

[3] قرة: فتحية: أحكام عقد المقاولة (ص228).

المجلة العصرية للدراسات القانونية – الكلية العصرية الجامعية – رام الله – فلسطين.
E-ISSN:2958-9967 P-ISSN:2958-9959 المجلد: 01 ، العدد: 02، السنة: 2023

ونص القانون المدني الأردني في مادته (723) على أنه " يلتزم صاحب العمل بدفع الأجرة عن تسلم المعقود عليه إلا إذا نص اتفاق أو جرى العرف على غير ذلك "[1].

وكذلك القانون المدني الإماراتي في المواد (884-889)، والكويتي في المواد (671-679)، والجزائري (565)، وغيرها[2]، وقد نبَّه المشرع اليمني في المواد (884-885-886) على حالات تعديل الأجرة كما يأتي:

الحالة الأولى: الاتفاق على الأجر بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة:

في هذه الحالة أجاز المشرع اليمني زيادة الأجر عندما يضطر المقاول إلى مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة، بعد أن يتبين أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة له في المقايسة مجاوزة بينة، وعلى أن تتحقق الشروط التي أوجبتها المادة (884) من القانون المدني اليمني والتي تنص على أنه " إذا أبرم العقد بمقايسة على أساس الوحدة واستلزم التصميم المتفق عليه مجاوزتها وأخطر المقاول رب العمل بما يتوقعه من زيادة في الوحدات في الوقت المناسب فوافق أو سكت لزم رب العمل دفع ما زاد عن قيمة المقايسة من نفقات".

من نص المادة أعلاه يتضح أنه يشترط لتطبيقها شروطاً ثلاثة:

الشرط الأول: أن يكون الأجر في المقاولة متفقاً عليه بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة، تعين نوع الأعمال المطلوبة وكميتها، وتحدد سعراً لكل نوع من الأعمال، ففي هذه الحالة يكون تحديد كمية الأعمال على وجه التقريب وليس بشكل نهائي، بما يعني أن الأجر المستحق للمقاول يتحدد على أساس كمية الأعمال التي تمت فعلاً، وليس على أساس كمية الأعمال المبينة في العقد، وبالتالي لا يمكن تحديد هذا الأجر بشكل بات، إلاَّ عند الانتهاء من العمل.

وعليه إذا لم يتفق على مقدار الأجر أصلاً، أو تم الاتفاق عليه ولكنه كان أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين، فإن النص لا يطبق.

---

(1) شاشو: ابراهيم: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي (ص761).

(2) الزحيلي: وهبة: مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة. (ص15).

المجلة العصرية للدراسات القانونية – الكلية العصرية الجامعية – رام الله – فلسطين.
E-ISSN:2958-9967 P-ISSN:2958-9959 المجلد: 01 ، العدد: 02، السنة: 2023

الشرط الثاني: مجاوزة المقايسة المقدرة في العقد مجاوزة محسوسة، بمعنى مجاوزة كميات الأعمال المقدرة بالمقايسة لا مجاوزة أسعارها، ولا يكفي أن تكون الزيادة محسوسة، بل يجب ايضاً الا تكون متوقعة في الوقت الذي أبرم فيه عقد المقاولة.

الشرط الثالث: أن يخطر المقاول رب العمل بالزيادة المحسوسة في المصاريف حال تبيينه لها، مع بيان ما يتوقعه من زيادة في الكم، وما يستتبع ذلك من زيادة في الأجر.

فإذا توفرت الشروط الثلاثة على النحو الذي سبق بيانه، فإن هناك فرضين يتعين التمييز بينهما؛ لأن لكل فرض حكم خاص به، فإما أن تكون المجاوزة المحسوسة غير جسيمة، وإما أن تكون جسيمة، وتقدير ما إذا كانت تلك المجاوزة المحسوسة جسيمة أو غير جسيمة، مسألة واقع يفصل فيها قضاة الموضوع.

الفرض الأول: المجاوزة غير الجسيمة:

لم يتعرض نص المادة (884) من القانون المدني اليمني السالفة الذكر، لهذا الفرض بشكل صريح، ولكن بمفهوم المخالفة للمادة التي تليها (885) والتي تنص على أنه " إذا تبين أن الزيادة في الوحدات التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل وقف التنفيذ مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفق شروط العقد"، وعليه يمكن القول أن رب العمل لا يستطيع التحلل من عقد المقاولة بسبب المجاوزة المحسوسة غير الجسيمة، وأنه تجب زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجاوزة، سواء وافق رب العمل على ذلك أو لم يوافق.

الفرض الثاني: المجاوزة الجسيمة:

إذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، كان لرب العمل أن يختار بين أمرين:

الأول: أن يبقى مرتبطاً بعقد العمل ويدفع للمقاول الزيادة.

الثاني: أن يتحلل رب العمل من العقد ويطلب من المقاول أن يتوقف عند المرحلة التي وصل إليها.

الحالة الثانية: الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين:

تنص المادة (886) من القانون المدني اليمني على أنه " إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم متفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو عدل في التصميم أو أضاف إليه إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو بإذن منه".

وتنص المادة (887) على أنه " ليس للمقاول أن يطالب بزيادة في الأجر على أساس ارتفاع الأثمان أو زيادة أجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف إلا إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزاماته والتزامات رب العمل بسبب حوادث استثنائية عامة ورأى القاضي ذلك طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (211) ويجوز للقاضي بناءً على طلب أحد الطرفين فسخ العقد في مثل هذه الأحوال".

وعليه يلزم لعمل نص المادتين السابقتين أن تتوفر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي، ويكون كذلك عندما يتفق الطرفان وقت إبرام عقد المقاولة، على أجر معين يدفعه رب العمل في مقابل كل الأعمال المطلوب من المقاول إنجازها.

الشرط الثاني: أن يحدد الأجر على أساس تصميم متفق عليه، ولا يقصد بالتصميم هذا مجرد التمثيل بالخطوط والرسومات، بل كل وصف للأعمال المعهود بها إلى المقاول[1]، وذلك حتى تتبين حدود العمل على وجه كامل، واضح ونهائي.

الشرط الثالث: أن يكون عقد المقاولة مبرماً بين رب العمل والمقاول الأصلي، فإذا أبرم عقد المقاولة بين مقاول أصلي ومقاول فرعي، واتفقا على إجراء العمل على أساس تصميم معين، متفق عليه بأجر جزافي، فلا يجري عليهم نص المادة السابق.

وبالتالي فمتى توفرت هذه الشروط، فإن الأجر الجزافي الذي اتفق عليه الطرفان، لا يكون قابلاً للتعديل، وذلك حتى لو تغيرت تكاليف العمل زيادة أو نقصانا.

ومع ذلك فقد أجازت المادة (887) من القانون المدني اليمني، في فرض واحد زيادة الأجرة الاجمالية للتصميم المعين وهو كما يلي: "ليس للمقاول أن يطالب بزيادة في الأجر على أساس ارتفاع الأثمان أو زيادة أجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف إلا إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزاماته والتزامات رب العمل بسبب حوادث استثنائية عامة ورأى القاضي ذلك طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (211) ويجوز للقاضي بناءً على طلب أحد الطرفين فسخ العقد في مثل هذه الأحوال".

إن هذه المادة المشار إليها هي تطبيق واضح لنظرية الظروف الطارئة، ولكن إذا كانت نظرية الظروف الطارئة في مبدئها العام تتفق مع شروط النظرية في تطبيقها الخاص بعقد المقاولة، فإن الجزاء يختلف قليلاً في التطبيق الخاص عنه في المبدأ العام، ففي المبدأ العام يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق

[1] عنبر، محمد عبدالرحيم: أحكام عقد المقاولة (ص240).

إلى حد المعقول، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، ويبطل كل اتفاق يخالف ذلك، أما التطبيق الخاص فإنه يجيز للقاضي فضلاً عن الحكم بزيادة الأجر، أن يحكم بفسخ عقد المقاولة، حيث لا يجوز ذلك في المبدأ العام للنظرية[1]، ومهما يكن من الأمر، يتضح من المادة السابقة أنها تشترط لزيادة الأجر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين، بأن يتداعى الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، وأن تجعل هذه الحوادث الطارئة التزام المقاول مرهقاً وعسيرا، وتهدده بخسارة جسيمة فادحة، وتقدير مدى انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات المتعاقدين، بحيث يصبح المقاول مهدداً بخسارة فادحة، مسألة موضوعية، يفصل فيها القضاء، مسترشداً بظروف وملابسات كل دعوى، بصرف النظر عن الظروف الخاصة بالمقاول من حيث غناه أو فقره([2]).

الشرط الثاني: أن يكون هذا الانهيار بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان، فلا يكفي أن ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول، بل يجب أن ينشأ هذا الانهيار عن حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، ويتطلب ذلك:

1- أن تكون هذه الحوادث استثنائية وعامة، والحادث الاستثنائي هو الحادث غير المألوف لكونه نادر الوقوع، فهو حادث لا يقع في ظروف عادية، أما الحادث العام فهو الحادث الذي يمس كافة الناس أو على الأقل فئة منهم، وليس خاصا بالمقاول وحده، بل يشمل أي مقاول آخر، يعهد إليه تنفيذ هذه المقاولة، ومن الحوادث الاستثنائية العامة نذكر الحرب، الفيضانات، الزلازل،. . . وتؤدي هذه الحوادث إلى زيادة تكاليف العمل.

2- أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة، غير متوقعة أو لم يكن في الوسع توقعها، ولا عبرة بعد ذلك، إن كان هذا الحادث موجودا عند إبرام العقد أو لم يكن كذلك، فلا فرق بين حادث استثنائي يوجد بعد إبرام المقاولة، وحادث استثنائي موجود وقت إبرامها، متى كان غير ممكن توقعه، فكلاهما من الحوادث الاستثنائية التي لم تكن في الحسبان[3].

3- أن تلك الحوادث المشار اليها قد نص عليها المشرع في المادة (211) بقوله " العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون الشرعي، ومع

---

[1] السنهوري: الوسيط (127/7).

[2] شنب: أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء (ص231).

[3] الفضيلي، جعفر: الوجيز في العقود المدنية، البيع – الإيجار – المقاولة، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، الأردن، (ص423).

ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة كالحروب والكوارث لم تكن متوقعة، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة لا يستطيع معها المضي في العقد، ولا يعني ذلك ارتفاع الأسعار وانخفاضها، جاز للقاضي تبعاً للظروف من فقر أو غنى وغير ذلك، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول "

ومعيار التوقع معيار موضوعي، لا ينظر فيه إلى ما توقعه أو حسبه المتعاقدان فعلا، بل إلى ما كان يجب أن يتوقعه شخص عادي لو وجد في مثل ظروفهم ا بحسب المجرى العادي للأمور[1].

فإذا توفر الشرطان السابقان، جاز للمقاول أن يطالب رب العمل بزيادة الأجر المتفق عليه، فإن لم يرض رب العمل بهذه الزيادة، كان للمقاول أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحكم بها، وهنا يتعين مراعاة عدم مجاوزة الزيادة في الأجر التي يحكم بها للمقاول، ما هو لازم لرفع الإرهاق عنه، بمعنى أن يتحمل المقاول كل الزيادة المألوفة في التكاليف، لأن هذه الزيادة متوقعة، وتدخل في تقدير المقاول عند إبرام العقد، أما التكاليف غير المألوفة، فتقسم مناصفة بين رب العمل والمقاول، بحيث يتحمل كل منهما نصيبه من هذه الخسارة غير المألوفة[2].

وأخيراً نشير إلى أن المشرع اليمني استعمل عبارة "يجوز للقاضي " في المادة السابقة و ذلك لا يقصد منه الاعتقاد أن القاضي غير ملزم بمراجعة عقد المقاولة، فهذا تأويل غير صحيح، ويتعارض مع غرض المشرع من استحداث نظرية الظروف الطارئة، بل إن القاضي ملزم بمراجعة عقد المقاولة، إذا توافرت الشروط التي سبق ذكرها، إما بزيادة الأجر أو بفسخ عقد المقاولة، ونجد أن التنصيص هنا يتعلق بمسألة الظروف الطارئة وليست القوة القاهرة، لكون الثاني يستلزم انهاء العقد عند العجز عن الإيفاء بالالتزام.

ثانياً: تسليم العمل بعد انجازه

على المقاول تسليم العمل المتفق عليه إلى رب العمل فور الانتهاء منه، ويجب على رب العمل تسلمه؛ لأن هذا هو مقتضى العقد، مالم يكن هناك بينهما شرط حددا فيه موعد التسليم، فإنه حينئذ يعمل بالشرط[3].

---

(1) شنب: أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء (ص233).

(2) الشهاوي: قدري عبدالفتاح: عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف: الاسكندرية. (ص217).

(3) الكاساني: البدائع (204/4-205)، الزيلعي: تبيين الحقائق (109/5)، الخرشي: شرح الخرشي على خليل (28/7-29).

فإن كان العمل الذي تم الانتهاء منه تحت يد رب العمل، فإن تسلمه يكون بفراغ المقاول منه؛ لأنه في هذه الحالة يكون المقاول قد سلم العمل شيئاً فشيئاً، وأما إن كان العمل في يد المقاول فلابد حينئذ من تسلمه حقيقة[1].

وكيفية التسليم تختلف بحسب الشيء الذي وقع عليه العمل، فقد يكون التسليم بمجرد تخلية المقاول بين رب العمل والشيء الذي وقع عليه العمل، وقد يكون عنن طريق تناوله من المقاول[2].

ومكان التسلم بحسب ما يتفقان عليه، فإن لم يتفقا على شيء فحسب العرف؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[3].

وقد تعرضت القوانين المدنية الوضعية لهذا الشرط ونصت عليه في موادها، فقد نص القانون المدني اليمني على ذلك في المادة (882) بقوله: " يجب على رب العمل عند تمام العمل ووضعه تحت تصرفه أن يبادر إلى استلامه بحسب العرف الجاري في المعاملات، وإذا امتنع دون سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه".

ونص على ذلك ايضاً القانون المدني الأردني في المادة (792) بقوله: " يلتزم صاحب العمل بتسلم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه، فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تعديه أو تقصيره فلا ضمان عليه "[4].

والقانون المدني الإماراتي في المادة (888)[5]، والقانون المدني الجزائري في المادة (552) بقوله: " عندما يتم المقاول العمل، ويضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلم إليه، ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار

---

(1) البهوتي: شرح منتهى الإرادات (280/2)، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (27/4)، زكريا الأنصاري، محمد بن زكريا زين الدين الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي. (426/2).

(2) الكاساني: البدائع (204/4)، الشيرازي: المهذب (409/1).

(3) ابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص99)، السيوطي: الأشباه والنظائر (ص92).

(4) شاشو، ابراهيم: عقد المقاولة في الفقه الاسلامي (ص76).

(5) الزحيلي، وهبة: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة (256/13).

" [1]، على أن التزام رب العمل بتسلم العمل محل المقاولة بعد إنجازه، يستوجب أن يكون العمل موافقا للشروط والمواصفات المتفق عليها مسبقا بين المتعاقدين أو طبقا لما تقضي به الأصول الفنية لهذا العمل، وعلى ذلك يعتبر رفض رب العمل تسلم ما أنجزه المقاول مبررا، إذا جاء العمل معيبا ومخالفا لما تم الاتفاق عليه، أو لما يقضي به عرف المهنة و أصولها[2].

ومع ذلك لا يجوز لرب العمل أن يتعسف في رفض العمل المعيب والامتناع عن تسلمه، إذا كان العيب بسيطا لا يؤثر على الانتفاع به وصلاحيته للغرض المقصود منه، وهذا تطبيقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، طالما أن رب العمل يستطيع كنتيجة للمخالفة البسيطة التي ارتكبها المقاول إما أن يطلب تخفيض قيمة المقاولة، بما يتناسب مع ماهية المخالفة وطبيعتها أو طلب تعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب تلك المخالفة[3].

ومهما يكن من الأمر، فإذا وقع خلاف بين الطرفين فيما إذا كان العمل موافقا أو غير موافق للشروط المتفق عليها، جاز لكل طرف الاستعانة بمحضر قضائي لإثبات الحالة، ورفع الأمر إلى القضاء مع طلب تعيين خبير على نفقة المدعي، لمعاينة العمل المنجز وفحص مدى تحقق الشروط المتفق عليها موضوع عقد المقاولة من عدمه، حيث يصدر القاضي حكمه تبعا لتقرير الخبير وظروف الدعوى وملابستها[4]، وعملية التسلم يمكن أن تتخذ أشكالا مختلفة، إذ قد يكون هذا التسلم مؤقتا أو نهائيا، جزئيا أو كليا، حكميا أو قضائيا وقد يكون صريحاً أو ضمنياً[5].

الخاتمة والنتائج:

وفي ختام هذه الدراسة وبعض التعرض لجزئيات عقد المقاولة وآثاره سأقوم بعرض أهم النتائج التي توصلت إليها كما يلي:

---

[1] توفيق، زيداني: التنظيم القانوني لعقد المقاولة في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري (ص74).

[2] محراش، سميرة: المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس المعماري وفقاً للقواعد الخاصة، رسالة ماجستير، فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة. 2010م. (ص53)، السرحان: العقود المسماة في المقاولة (ص88).

[3] السرحان: المرجع السابق (ص88).

[4] زيداني: التنظيم القانوني لعقد المقاولة في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري (ص74).

[5] سرور، محمد شكري: مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة. 1985م (ص158).

1-أن عقد المقاولة هو: عقد بين شخص وآخر يلتزم فيه أحدهما وهو المقاول بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً في مقابل أجر يلتزم به الآخر وهو رب العمل وسواء قدم رب العمل المواد اللازمة للعمل من عنده أم التزم المقاول بتقديم العمل والمواد اللازمة له معاً.

2-من خصائص عقد المقاولة أنه عقد رضائي، وهو من عقود المعاوضة، وهو ملزم للجانبين، كما أنه عقد وارد على عمل، وهو عقد محدد وممتد، كما أن لعقد المقاولة ثلاثة أركان تتمثل في: الركن الأول: الصيغة ويشترط فيها جلاء المعنى، وتوافق وجزم واتصال، الركن الثاني: العاقدان، الركن الثالث: المحل ويشترط فيه: أن يكون مشروعاً ممكناً معيناً غير واجب، إضافة إلى أن عقد المقاولة كغيره من العقود، يترتب على قيامه التزامات بين أطرافه ممثلة في رب العمل و المقاول.

3-أن التزامات رب العمل تتمثل في: دفع الأجرة، وتسلم العمل بعد إنجازه، وان المقنن اليمني قد نبه على حالات تعديل الأجرة وبينها بالتفصيل.

4-التزامات المقاول تتمثل في: إحضار الآت العمل، والالتزام بالجودة، وتنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه، وتنفيذه حسب المواصفات، وتسليمه بعد الانجاز، والضمان ومنع التعسف.

قائمة المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم.
2. أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، محمد لبيب شنب، دار النهضة، سنة 1992م.
3. أحكام عقد المقاولة، فتيحة قرة، بدون طبعة.
4. الاختيار لتعليل المختار، عبدالله بن محمود الموصلي، الطبعة الثالثة، دار المعرفة بيروت، 1975م.
5. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ، زكريا الأنصاري محمد بن زكريا زين الدين الأنصاري: دار الكتاب الإسلامي.
6. الأشباه والنظائر، جلال الدين بن عبدالرحمن السيوطي، الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية. 1983م0
7. البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، زين الدين بن ابراهيم ابن نجيم، الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1997م.
8. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث القاهرة، 2004 م.
9. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية.
10. البهجة شرح التحفة علي بن عبدالسلام التسولي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1977م.
11. البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع في شرعيتها، د. محمد توفيق رمضان البوطي: (رسالة دكتوراه منشورة) الطبعة الأولى، دمشق: دار الفكر. سنة 1998 م.
12. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، الطبعة الثالثة، دراسة وتحقيق علي شيري، بيروت دار الفكر سنة 1994م.
13. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان علي الزيلعي،. تحقيق الشيخ أحمد غزو. الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية. 2000م.
14. تحفة الفقهاء، علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1984م.
15. التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، توفيق زيداني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون عقاري، بجامعة الحاج لخضر كلية الحقوق قسم العلوم القانونية، سنة 2010م.
16. الجامع في أصول الربا، رفيق يونس المصري، الطبعة الثانية، دمشق، دار القلم. 2001م.
17. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبدالقادر ابن أبي الوفاء، الطبعة الثانية، الرياض: دار إحياء الكتب العربية، سنة1993م.
18. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، بدون طبعة.
19. حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، ، محمد أمين ابن عابدين، دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي أحمد معوض. الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية 1994م.
20. دراسات في فقه القانون المدني، النظرية العامة للعقد، د. عبدالناصر موسى أبو البصل، الطبعة الأولى، عمان، دار النفائس سنة 1999م.
21. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريب فهمي الحسيني، بيروت، دار الكتب العلمية.
22. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، لناشر: عالم الكتب، لطبعة: الأولى، 1414هـ - 1993م.

23. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، لناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، 1412هـ / 1991م.
24. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، دار العبيكان للنشر، الطبعة الأولى، 1993م.
25. الشرح الكبير، أحمد الدردير على مختصر خليل، دار الفكر.
26. الضرر وأثره في العقود في الفقه الاسلامي، الصديق محمد الأمين الضرير، الطبعة الثانية، بيروت: دار الجيل، 1990م.
27. عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، د. قدري عبدالفتاح الشهاوي، القاهرة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف حزى وشركاه.
28. عقد المقاولة في الفقه الاسلامي وما يقابله في القانون المدني، زياد شفيق حسن قرارية، رسالة ماجستير بكلية النجاح الوطنية سنة 2004.
29. عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، ابراهيم شاشو، بحث رسالة دكتوراه بجامعة دمشق، كلية الشريعة، سنة 2010م.
30. عقد المقاولة والتعمير، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الرابعة عشرة، بقرار رقم 129.
31. عقد المقاولة والتوكيلات التجارية، محمد عبدالرحيم عنبر، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1987م.
32. عقد المقاولة، ، عبدالرحمن عايد العايد، الطبعة الألى، سنة 2004م.
33. عقد المقاولة، ، وهبة الزحيلي، مجمع الفقه الإسلامي في دورته 14.
34. عقد المقاولة، نبيلة رسلان، ، كلية الحقوق جامعة طنطا.
35. عقد مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة دراسة في القانون المقارن، نعيم مغبغب، الطبعة الثالثة، سنة 2001م.
36. العقود المسماة البيع – المقايضة – والايجار، محمد الزحيلي، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، سنة 1994م.
37. العقود المسماة في المقاولة- الوكالة – الكفالة، عدنان ابراهيم السرحان: ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2007م.
38. العقود الواردة على العمل في القانون المدني، أنور العمروسي، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2003م.
39. غاية المنتهى، علي بن يوسف الحنبلي، منشورات المكتبة السعيدية، الرياض، الطبعة: الثانية، 1415هـ - 1994م.
40. فتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير)، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، دار الفكر.
41. الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ (الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها)، أ. د. وَهْبَة الزُّحَيْلِيّ، الناشر: دار الفكر - سوريا- دمشق، الطَّبعة الرَّابعة.
42. فقه المعاوضات، أحمد الحجي الكردي، بدون طبعة.
43. القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، ضبط وتوثيق يوسف البقاعي، بيروت. دار الفكر سنة1995م.
44. القانون المدني اليمني رقم 14 لعام 2002م.
45. القانون لمدني السوري لعام 1998م.
46. القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن جزي، ، الطبعة الأولى، بيروت: دار القلم 1970م.
47. الكافي في فقه أحمد بن حنبل، عبدالله ابن قدامة المقدسي، تحقيق زهير الشاوش، الطبعة الخامسة، بيروت: المكتب الاسلامي. سنة 1988م.
48. الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، 1400هـ.

49. كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي منصور بن يونس، بيروت: دار الفكر. 1982م.
50. اللباب في شرح الكتاب، الشيخ عبد العزيز الغنيمي الميداني، حققه محمود أمين النواوي، بيروت: دار الكتاب العربي.
51. لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، بيروت دار صادر سنة 1997م.
52. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ 1993م.
53. المدخل الفقهي العام، د. مصطفى الزرقا، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة.
54. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء، الطبعة التاسعة، دمشق: دار الفكر، 1967م.
55. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء، الطبعة التاسعة، دمشق، دار الفكر، سنة 1967م.
56. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، نقابة المحامين، ، الطبعة الثانية، عمان، مطبعة التوفيق، 1985م.
57. مرشد الحيران، محمد قدري باشا، عمان، الدار العربية.
58. المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس المعماري وفقاً للقواعد الخاصة، سميرة محراش، رسالة ماجستير، فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، سنة 2010م.
59. مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، محمد شكري سرور، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1985م.
60. مشروع القانون المدني، مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين، وزارة العدل، ديوان الفتوى والتشريع.
61. المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، القاهرة سنة 1972م.
62. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، الطبعة الثانية، بيروت دار الجيل سنة 1968.
63. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م.
64. المهذب، ابراهيم بن علي الشيرازي، بيروت دار الفكر.
65. النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني، الطبعة الثالثة، دمشق، منشورات جامعة دمشق1992م.
66. النظرية العامة للالتزام، د. جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية، سنة 1995 م.
67. نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، محمد بن ابي العباس الرملي، بيروت: دار الكتب العلمية. 1993م.
68. الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
69. الوجيز في العقود المدنية البيع – الإيجار _ المقاولة، د. جعفر الفضلي، الطبعة الثانية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة 1997م.
70. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبدالرزاق أحمد السنهوري، الطبعة الثالثة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 1998م.